

EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y SUS GARANTÍAS

Luis ORTIZ BLANCO
Alfonso LAMADRID DE PABLO
Abogados*
Garrigues

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este artículo es analizar las garantías, o falta de garantías, que ofrece el procedimiento sancionador contenido en la Ley 15/2007 de defensa de la competencia y su Reglamento de desarrollo¹, a la luz del procedimiento y las garantías aplicables en Derecho comunitario. Nuestro análisis deja deliberadamente fuera las cuestiones que se plantean en materia de inspecciones domiciliarias debido a que éstas son objeto de una contribución específica.

Con carácter preliminar, es preciso avanzar que el estándar de protección de los derechos de defensa comunitario no puede calificarse, con carácter general, como más o menos garantista que el español, ni viceversa. Así, el procedimiento sancionador aplicable en España es, respecto

* Ambos autores han intervenido ante las autoridades de la competencia en asuntos en los que se han planteado alguna de las cuestiones abordadas en el presente artículo.

¹ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, *BOE* núm. 159, de 4 de julio de 2007; Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

de algunas cuestiones, más garantista que el comunitario², mientras que con relación a otras, creemos que aún adolece de ciertas deficiencias.

Lejos de cualquier conformismo, y para solucionar esta situación de «asimetría» procesal, este artículo propone la adopción de un doble estándar de exigencia. Partimos de la premisa de que en un escenario ideal debería ser posible tener lo mejor de ambos ordenamientos y, en consecuencia, abogamos por la aplicación del estándar más garantista con relación a cada una de las cuestiones que pueden plantearse en el curso del procedimiento.

En la mayoría de los asuntos tramitados por la CNC, la adopción del estándar comunitario allí donde éste ofrezca mayores garantías viene impuesta, además, por la jurisprudencia de los tribunales comunitarios. En efecto, en la medida en que la presunta conducta restrictiva investigada pueda afectar el comercio intracomunitario, el Derecho comunitario resultará de aplicación obligada, cuando menos, en paralelo con el Derecho nacional. En este contexto, el TJCE ha establecido que las exigencias relativas a la protección de los derechos fundamentales vinculan a los Estados miembros siempre que apliquen el Derecho comunitario, «por lo que están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no menoscaben tales exigencias»³. En nuestra opinión, la existencia de un estándar previo, comprobado y adecuado, hace que sea innecesario investigar las fronteras de lo posible en Derecho español.

2. LAS GARANTÍAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) El art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el derecho a una autoridad independiente

El art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)⁴ establece que «toda

² Los mismos autores hemos calificado al procedimiento sancionador en materia de competencia como «fuertemente garantista». L. ORTIZ BLANCO, J. MAILLO-GONZÁLEZ ORÚS, P. IBÁÑEZ COLOMO y A. LAMADRID DE PABLO (2008), *Manual de Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid, p. 251.

³ *Vid.*, entre otros, Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1989 en el asunto C-5/88, *Hubert Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* Rec. 1989, p. 2609, §§ 17 y 19; Sentencia del TJCE de 24 de marzo de 1994 en el asunto C-2/92, *Bostock*, Rec. p. 1-955, § 16; Sentencia del TJCE de 10 de junio de 2003 en el asunto C-20/00 y C-64/00, *Booker Aquaculture and Another c. The Scottish Ministers*, Rec. 2003, p. 7411, § 88; Sentencia del TJCE de 13 de abril de 2000 en el asunto C-292/97, *Karlsson y Otros*, Rec. 2000, p. I-2760, § 37.

⁴ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979,

persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley».

Las exigencias derivadas de estas disposiciones incumben también a la Comisión Europea y a la CNC, pese a que estos organismos no constituyan «tribunales» en sentido estricto. De hecho, el TJCE ha establecido que «[a]un cuando la Comisión no constituya un “Tribunal” en el sentido del art. 6 del CEDH y aunque las multas impuestas por la Comisión no tengan carácter penal, no es menos cierto que la Comisión está obligada a respetar los principios generales del Derecho comunitario durante el procedimiento administrativo»⁵.

A nivel nacional, las disposiciones de la CEDH resultan plenamente aplicables en virtud del art. 96 de la Constitución Española. Además, el art. 24.2 de la Constitución consagra el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías. El Tribunal Constitucional ha establecido que «los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto»⁶.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de señalar que esta garantía constitucional incluye la del derecho a un Juez imparcial, y ha insistido en que «la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede

y publicado en el *BOE*, núm. 243, de 10 de octubre de 1979, p. 23564. En el plano europeo el CEDH carece de fuerza vinculante, lo que no ha obstado para que la jurisprudencia de los tribunales comunitarios haya establecido que el derecho de defensa en todo procedimiento que pueda dar lugar a sanciones, en particular a multas o multas coercitivas, como el previsto por el Reglamento 1/2003, constituye un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza el juez comunitario, y que para la interpretación de tales derechos fundamentales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos «reviste un significado particular». *Vid.* Sentencias del TPI, de 20 de febrero de 2001, en el asunto T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG c. Comisión*, Rec. p. II-729, § 60; y de 8 de julio de 2008, en el asunto T-99/04, *AC-Treuhand AG c. Comisión*, aún no publicada, §§ 45 y ss.

⁵ Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1983 en los asuntos acumulados 100/80 a 103/80, *Musique Diffusion française y otros c. Comisión*, Rec., p. 1825.

⁶ STC de 8 de junio de 1981, Sala Primera, 18/1981. *Vid.*, asimismo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ (2006), *Curso de Derecho administrativo*, décima edición, Thomson-Civitas, p. 196: «Si la propia Constitución es la que ha permitido [...] en su art. 25 la dualidad del sistema represivo, judicial penal y administrativo, sería absolutamente incoherente disminuir en una de esas dos formas las garantías mínimas de la defensa [...] Donde hay que situar todas las garantías del derecho de defensa frente a las medidas represivas y en garantía de la prescripción constitucional de inocencia es, pues, en la propia fase administrativa donde la sanción se produce, sin perjuicio de todas las ulteriores defensas procesales ordinariamente disponibles en todos los procesos contencioso-administrativos sin distinción».

provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello suceda es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible»⁷.

En el pasado se ha cuestionado la compatibilidad del modelo de autoridad de competencia única, en el que un mismo organismo desarrolla las tareas de instrucción y resolución, con la garantía de un juez independiente consagrada por el art. 6.1 CEDH y el art. 24 de la Constitución.

En origen, este debate se planteó principalmente con relación a la Comisión Europea⁸. En España no existían problemas similares en tanto que en vigencia de la Ley 16/1989 la tramitación del expediente se desdoblaba en dos fases, encomendándose la instrucción a un órgano (Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) dependiente del Ministerio de Economía y jurídicamente independiente de aquel llamado a resolver (Tribunal de Defensa de la Competencia TDC), al que se reconocía personalidad jurídica diferenciada del resto de la Administración.

Sin embargo, una de las reformas más significativas establecidas en la Ley 15/2007 ha sido la fusión de dos organismos anteriormente independientes —SDC y TDC— en una única autoridad de competencia, la Comisión Nacional de Competencia. En el seno de la CNC las funciones de instrucción se atribuyen a la Dirección de Investigación (art. 35.2 LDC), mientras que las de resolución o finalización del procedimiento corresponden al Consejo (art. 34.1 LDC)⁹.

En el marco del proceso de reforma que desembocó en la promulgación de la nueva LDC, tuvimos ocasión de analizar y desmentir, en este mismo foro, la presunta incompatibilidad del modelo de autoridad única con el respeto a los derechos fundamentales¹⁰.

⁷ STC de 26 de septiembre de 1988, Sala Primera, 164/1988; STC de 24 de enero de 1989, Sala Segunda, 11/1989; STC de 8 de junio de 1989, Sala Primera, 106/1989; y STC de 13 de octubre de 1992, Sala Primera, 136/1992.

⁸ W. P. J. WILS (2004), «The combination of the investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis», *World Competition*, vol. 27, núm. 2, junio, pp. 201-224.

⁹ Pese a que los arts. 34 y 35 LDC detallan la distribución de responsabilidades entre Dirección de Investigación y Consejo, aún subsisten dudas con relación a cuestiones concretas. Vid. A. GUERRA FERNÁNDEZ (2008), «Puntos de tensión entre la búsqueda de la eficacia y la seguridad jurídica en los procedimientos sancionadores ante la Comisión Nacional de Competencia», *Jornada de Estudio de la Nueva Ley 15/2007, de defensa de la competencia*, AEDC, 5 de marzo, pp. 4 y ss.

¹⁰ L. ORTIZ BLANCO (2005), «La Autoridad Española de Defensa de la Competencia: Autoridad Única o Dual», S. MARTÍNEZ LAGE y A. PETITBÒ JUAN (dirs.), *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, pp. 349-365.

Como ya explicamos en su momento, la incompatibilidad es sólo aparente. En su Sentencia *Öztürk c. Alemania*, el TEDH estableció que la acusación y castigo de comportamientos criminales (en el sentido autónomo que para el TEDH tiene el término «criminal» en el marco del CEDH, que incluye las sanciones administrativas) puede encomendarse por razones de eficiencia a autoridades administrativas, siempre y cuando las decisiones por ellas tomadas puedan ser recurridas ante un órgano judicial que satisfaga los requisitos del art. 6.1 CEDH¹¹. Subrayábamos también entonces que en España el Tribunal Constitucional ha asumido esta jurisprudencia, afirmando que «no puede pretenderse que el instructor de un procedimiento administrativo sancionador, y menos aún el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las mismas garantías que los órganos jurisdiccionales porque [...] el órgano llamado a decidir es el mismo que incoa el expediente y, por ello, no deja de ser juez y parte al mismo tiempo»¹².

Así pues, en la medida en que las decisiones de la Comisión, así como las Resoluciones de la CNC son en todo caso susceptibles de impugnación ante los órganos jurisdiccionales, su compatibilidad formal con las necesarias garantías de imparcialidad y de protección de los derechos de defensa no plantea problemas.

Sin embargo, desde una perspectiva material, consideramos que la elección de un modelo de autoridad única, por naturaleza menos garantista, debería ir acompañado de la aplicación de un estándar más elevado de protección de los derechos de defensa.

B) El carácter cuasi-criminal de los procedimientos sancionadores en materia de competencia

El Tribunal Constitucional ha establecido en doctrina «reiterada y explícita» que «con las matizaciones impuestas por los casos concretos es necesario partir del principio de que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación al Derecho sancionador», en la medida en que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del

¹¹ Sentencia del TEDH de 21 de febrero de 1984, *Öztürk c. Alemania* (Serie A, núm. 73, p. 31, párr. 56).

¹² AATC de 9 de abril de 1986, 320/1986. El TC ha establecido que «el derecho al juez ordinario y a un proceso con todas las garantías, entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador, es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos». STC de 3 de octubre de 1988, Sala Primera, 175/1988; y STC de 15 de febrero de 1990, Sala primera, 22/1990; AATC de 9 de abril de 1986, 320/1986; y AATC de 11 de febrero de 1987, 170/1987; y AATC 966/1997.

Estado¹³. Así pues, según nuestros tribunales, las garantías propias del orden penal son extrapolables a los procedimientos administrativos sancionadores, pero no con la misma intensidad.

Dentro del ámbito administrativo sancionador los procedimientos por infracción de las normas de competencia ocupan quizá un lugar particular. En el asunto *Société Stenuit c. Francia*, el TEDH consideró que las sanciones impuestas a resultados de procedimientos administrativos por infracción de las normas de competencia son de naturaleza penal¹⁴. En este mismo sentido, si bien es cierto que estas sanciones revisten un carácter cuasi-criminal debido a su naturaleza preventiva y represiva¹⁵, la jurisprudencia comunitaria ha precisado que la naturaleza administrativa de los procedimientos tramitados ante la Comisión Europea implica que los principios generales del Derecho comunitario aplicados en Derecho de la competencia «no han de tener necesariamente el mismo alcance que en el caso de su aplicación a una situación prevista por el Derecho penal en sentido estricto»¹⁶. En cualquier caso, no debe olvidarse que las infracciones de las normas de competencia revisten carácter criminal en diversos Estados miembros, por lo que también podrán ventilarse en procedimientos penales¹⁷.

¹³ STC de 29 de marzo de 1990, Sala Primera, 61/1990. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (2006), *Curso de Derecho administrativo*, vol. II, Décima edición, Thomson-Civitas, pp. 176 y ss.

¹⁴ Sentencia del TEDH de 27 de febrero de 1992, *Société Stenuit*, Serie A n. 232 B.

¹⁵ Conclusiones del Juez Vesterdorf en funciones de Abogado General en el asunto que dio lugar a la Sentencia del TPI de 24 de octubre de 1991, en el asunto T-1/89, *Rhône-Poulenc/Comisión*, Rec. pp. II-867 y ss. No obstante, el art. 23.5 del Reglamento 1/2003 dispone que las decisiones adoptadas en aplicación del Reglamento no tendrán carácter penal, como hacía su predecesor al art. 15.4 del Reglamento 17/62, Primer reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado, DO núm. 13 de 21 de febrero de 1962, pp. 204-211.

¹⁶ Sentencia del TPI de 8 de julio de 2008, en el asunto *AC-Treuhand AG c. Comisión*, aún no publicada, § 113.

¹⁷ El art. 46 LDC, en consonancia con el art. 10.2 LOPJ, reconoce la prejudicialidad del proceso penal, que determina la suspensión del administrativo. Cabe, sin embargo, plantearse qué ocurriría si el procedimiento administrativo fuera comunitario, no español. ¿Habría en este caso prejudicialidad? Seguramente no, por la primacía del Derecho comunitario, pero materialmente el problema de vulneración del principio *non bis in idem* sí podría darse. STC de 3 de octubre de 1983, Sala Segunda, 77/1983: «el principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de justicia es que la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe *a posteriori*, el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado, pues en otro caso se produce

Junto a este aparente doble estándar de garantía —penal y administrativo sancionador— parece coexistir un tercero, aplicable en los procedimientos administrativo-sancionadores en los que la infracción se imputa no ya a individuos, sino a empresas, siendo éste el caso de los procedimientos tramitados ante la CNC en los que el nivel de protección de los derechos de defensa viene mostrándose sensiblemente inferior.

C) Las garantías generales, en concreto

a) *En el ejercicio práctico del derecho de defensa*

a.1) *Conocimiento de la acusación; el problema de las «informaciones reservadas»*

Las empresas objeto de un procedimiento ante la CNC conocerán por primera vez la imputación que pende sobre ellas en el momento de la incoación del expediente. Sin embargo, con carácter previo al acuerdo de incoación es posible que tengan lugar otras actuaciones susceptibles de incidir de manera significativa en la situación de la empresa afectada.

A tenor del art. 49.2 LDC, al tener conocimiento de la posible existencia de una infracción la Dirección de Investigación está facultada para realizar un trámite de información reservada, una fase del procedimiento de carácter discrecional, sumario y no contradictorio, que tiene por objeto permitir a la Dirección de Investigación valorar la idoneidad de incoar un expediente sancionador¹⁸.

Por su propia naturaleza, esta fase previa a la incoación del expediente no es pública, por lo que las empresas investigadas no tienen conocimiento de la imputación que sobre ellas pende ni posibilidad de ejercer plenamente sus derechos de defensa, lo que ha llevado a algunos autores a dudar de su constitucionalidad¹⁹. En el marco de este trámite la Dirección de Investigación podrá, en virtud del art. 49.2 LDC, hacer uso de los medios de averiguación ordinarios, por lo que dispone de la posibilidad de llevar a cabo investigaciones domiciliarias y cursar solicitudes de información.

un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del art. 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto», citada por J. MARTÍN PASTOR (2008), en VVAA, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Civitas Ediciones, Madrid, p. 595.

¹⁸ *Vid.*, asimismo, art. 26 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

¹⁹ J. PASCUAL Y VICENTE, *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia*, voz «Información reservada», pp. 236 y ss.

Con el tiempo la práctica decisoria ha acotado ciertos límites a la actuación administrativa en esta fase. Así, por ejemplo, se ha consolidado la obligación de que la Dirección de Investigación comunique al denunciado los elementos a los que hace referencia la denuncia cuando se le envía una solicitud de información en la fase de información reservada²⁰.

Por analogía, entendemos que la misma obligación debería predicarse respecto de los asuntos en los que no existe denuncia formal, sino una investigación de oficio o una solicitud de exención o reducción de multa. Del mismo modo, cuando una empresa sea objeto de una inspección domiciliaria en el marco de una información reservada, la Dirección de Investigación deberá precisar en el mandato el «objeto y la finalidad» de la inspección²¹. Al contrario de lo que se viene observando en procedimientos recientes, la orden de inspección debería delimitar con la mayor precisión posible el objeto de la inspección.

Tal y como acaba de subrayar el TPI, debe evitarse que el derecho de defensa pueda quedar irremediablemente comprometido en este momento, ya que las medidas de investigación practicadas no pueden «disociarse desde un punto de vista material de la existencia de una sospecha, y por tanto de una imputación implícita», por lo que es preciso informar a la empresa afectada, al tiempo de la primera medida adoptada respecto a ella, del objeto y finalidad de la inspección, «lo que exige precisar las presunciones de infracción, y que en ese contexto conozca el hecho de que puede estar expuesta a imputaciones ligadas a esa posible infracción, para que pueda tomar las medidas que estime oportunas en oposición a los cargos y preparar así su defensa en la fase contradictoria del procedimiento administrativo»²².

Finalmente, en la medida en que la información reservada no ofrece las mismas garantías de transparencia ni de contradicción, consideramos que su utilización debería ceñirse con precisión a la finalidad que la LDC

²⁰ Esta garantía fue reconocida por primera vez en las Resoluciones del TDC, de 28 de enero de 1999, *Distribuidora de Prensa Asturiana*, Expte. 305/98, y de 15 de marzo de 2007, *Banco Santander (Cheques comida)*, Expte. R 700/2006, y se contiene actualmente en el art. 26 del Reglamento de Defensa de la Competencia

²¹ De conformidad con el art. 13.3 de Reglamento de Defensa de la Competencia, «el personal autorizado para proceder a una inspección ejercerá sus poderes previa presentación de una autorización escrita del Director de Investigación que indique *el objeto y la finalidad de la inspección*, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma». Esta disposición es similar a la que existe en el ámbito comunitario, en el art. 20.3 y 20.4 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, DO L 1 de 4 de enero de 2003, pp. 1-25.

²² Sentencias del TPI de 8 de julio de 2008 en el asunto T-99/04, *AC-Treuhand AG c. Comisión*, aún no publicada, §§ 51-56.

le atribuye: permitir determinar si existen o no indicios preliminares que aconsejen la incoación del expediente, y en ningún caso debe transformarse en una alternativa cómoda a la instrucción.

En este sentido, resulta especialmente preocupante la excesiva duración del trámite de información reservada de algunos de los expedientes tramitados por el SDC/Dirección de Investigación²³. Esta excesiva duración de la fase de investigación preliminar puede incidir en las posibilidades de defensa de las empresas afectadas, al reducir la eficacia del derecho de defensa cuando éste se ejerza en la fase contradictoria, puesto que, como han señalado los tribunales comunitarios, «cuanto más tiempo transcurre entre una medida de investigación y la notificación del pliego de cargos, tanto más probable resulta que eventuales pruebas de descargo ya no puedan reunirse, o sólo con dificultad»²⁴.

Por este motivo, y para evitar causar un perjuicio a las empresas afectadas, la incoación formal del expediente sancionador no debería demorarse más allá de unas semanas a partir del momento en que tenga lugar la primera medida de investigación preliminar, ya se trate del envío de una solicitud de información o de la realización de una inspección domiciliaria.

a.2) *Conocimiento de las pruebas o elementos de cargo: el pliego de concreción de hechos*

El derecho a conocer la imputación formulada contra uno mismo constituye uno de los pilares del derecho a un procedimiento justo. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional, para quien «el derecho a ser informado de la acusación es el primer elemento del derecho de defensa que condiciona a todos los demás, pues mal puede defenderse de algo el que no sabe de qué hechos se le acusa en concreto»²⁵.

²³ Como ha reconocido el antiguo Jefe de Gabinete del Presidente del TDC, «la experiencia muestra que, en algunas ocasiones, se hizo uso de esta figura durante un período de tiempo excesivamente largo provocando que las empresas afectadas se enfrentaran a situaciones de grave indefensión». A. GUERRA FERNÁNDEZ (2008), «Puntos de tensión entre la búsqueda de la eficacia y la seguridad jurídica en los procedimientos sancionadores ante la Comisión Nacional de Competencia», *Jornada de Estudio de la Nueva Ley 15/2007*, de defensa de la competencia, AEDC, 5 de marzo, p. 4 y ss. En el pasado, el TDC respaldó la duración prolongada de las informaciones reservadas con el argumento de que se trata de un trámite «sin sujeción a un plazo de tiempo determinado». *Vid.*, por ejemplo, Resolución del TDC de 7 de marzo de 2002, *Tubogas/Repsol*, Expte. 513/01, FD 4.

²⁴ Sentencia del TPI de 8 de julio de 2008 en el asunto T-99/04, *AC-Treuhand AG c. Comisión*, aún no publicada, § 51; y Sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 2006 en el asunto C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión*, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, §§ 49-50.

²⁵ STC de 24 de mayo de 1983, Sala Primera, 44/1983.

En los procedimientos de aplicación de los arts. 1 y 2 LDC, el resultado de la instrucción preliminar se plasma en el Pliego de Concreción de Hechos. En él se pondrán de manifiesto claramente los hechos que se imputan, a quién o quiénes se considera responsables de ellos, cuál es el material probatorio existente hasta el momento para realizar dicha imputación, las infracciones que tales hechos pueden constituir, así como las sanciones que, en su caso, podrá imponer la CNC²⁶.

El Pliego de Concreción de Hechos constituye, pues, el primer acto formal mediante el que una empresa adquiere un conocimiento preciso de las acusaciones formuladas en su contra, si bien es cierto que esta imputación inicial puede verse modificada en la propuesta de resolución y/o, posteriormente, por el Consejo de la CNC. No obstante, la imposición una sanción por hechos o causas distintas a aquellas que las partes hayan tenido ocasión de conocer y sobre las que hayan podido pronunciarse, viciaría de nulidad la resolución en cuestión²⁷.

Del mismo modo, en los procedimientos comunitarios, el art. 27.1 del Reglamento 1/2003 dispone que la Comisión Europea debe basar sus decisiones únicamente en motivos sobre los que las partes hayan tenido la oportunidad de pronunciarse, por lo que la decisión final no podrá incluir argumentos que no hayan sido planteados con anterioridad, a riesgo de que su decisión sea anulada²⁸.

Del mismo modo, si en una resolución sancionadora se tomase en consideración una circunstancia agravante no anunciada previamente podría quedar viciada de nulidad la resolución del expediente²⁹.

a.3) *Conocimiento de las pruebas o elementos de descargo: la puesta de manifiesto y el acceso al expediente*

En el Derecho de la Competencia comunitario, con el envío del Pliego de Cargos da comienzo la fase contradictoria en que la empresa es informada de los elementos en los que se apoya la Comisión y nace el dere-

²⁶ Art. 50.3 LDC.

²⁷ Así, por ejemplo, STC de 2 de diciembre de 1987, Sala Primera, 192/1987; y STS de 8 de noviembre de 1990, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

²⁸ En la Sentencia *Pasta de Madera II*, por ejemplo, el TJCE anuló parcialmente, por otra razón, la decisión que la Comisión había adoptado sobre el fondo. *Vid.* Sentencia del TJCE, de 31 de marzo de 1993, en los asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö y otros c. Comisión (Pasta de madera II)*, Rec. p. I-1307, § 42.

²⁹ STC de 6 de febrero de 1987, citada por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (2006), *Curso de Derecho administrativo*, Décima edición, Thomson-Civitas, p. 196. En Derecho comunitario, *vid.* la reciente Sentencia del TPI de 18 de junio de 2008 en el asunto T-410/03, *Hoechst c. Comisión*, aún no publicada, § 436.

cho de ésta a acceder al expediente³⁰. El derecho de los interesados a tomar vista del expediente administrativo está recogido escuetamente en el art. 31 del Reglamento de Defensa de la Competencia. A tenor de este artículo, una vez incoado el expediente los interesados tendrán acceso al mismo y derecho a obtener copias individualizadas de todos los documentos que lo integran, con la excepción de los secretos comerciales de otros interesados o terceros y otra información confidencial.

En el ámbito comunitario, la importancia del derecho de acceso al expediente en el marco de los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 TCE ha sido reconocida tanto por la jurisprudencia comunitaria como por los reglamentos de aplicación de las normas de competencia³¹. El acceso al expediente en los procedimientos comunitarios se regula en la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE³². Dicha comunicación expone pormenorizadamente a qué documentos las partes tienen acceso y a cuáles no, quién tiene acceso y en qué condiciones y qué tratamiento se dispensa a la información confidencial.

En materia de acceso al expediente el procedimiento nacional parece ofrecer más garantías que el comunitario, puesto que la incoación del procedimiento lleva aparejado el derecho de acceso, sin que sea necesario esperar a conocer el contenido del Pliego de Concreción de Hechos, y tantas veces como el interesado lo precise³³.

Los tribunales comunitarios han respaldado que el acceso al expediente en los procedimientos tramitados por la Comisión Europea se produzca únicamente a partir de la recepción del Pliego de Cargos interpretando que «si ese derecho se extendiera al periodo anterior al envío del pliego de cargos se vería comprometida la eficacia de la investiga-

³⁰ Vid. Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, los arts. 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE y el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, DO C 325/7 de 22 de diciembre de 2005. Vid. asimismo, entre otras, Sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 2006 en el asunto C-105/04P, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Comisión*, §§ 47-50, y Sentencia del TJCE de 25 de enero de 2007 en el asunto C-407/04 P, *Dalmine c. Comisión* Rec. p. 1829, § 59.

³¹ Vid. los arts. 27.1 y 27.2 del Reglamento 1/2003, así como el art. 15.1 del Reglamento 773/2004; Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, los arts. 53, 54 y 57 del acuerdo EEE.

³² Comunicación de la Comisión (2005/C 325/07) relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, los arts. 53, 54 y 57 del acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, DO C 325/7 de 22 de diciembre de 2005.

³³ En descargo de la Comisión Europea hay que decir que la práctica reciente de entregar todos los documentos accesibles en uno o varios CDs ha aliviado mucho esta limitación.

ción de la Comisión, dado que, ya durante la fase de la investigación preliminar, la empresa afectada estaría en condiciones de identificar las informaciones que ya son conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas»³⁴.

En cualquier caso, el carácter moderadamente más garantista del Derecho nacional podría verse como una suerte de contrapartida a la figura de la información reservada, inexistente en el marco comunitario, y que permite a la Dirección de Investigación recabar material suficiente para tramitar sus asuntos en un momento preliminar en el que la empresa no está en condiciones de ocultar información en la medida en que desconoce que sobre ella pende una acusación.

a.4) *La contestación de los hechos y el Derecho alegado por la autoridad acusatoria*

De conformidad con el art. 50 LDC las empresas parte en un procedimiento sancionador disponen de una doble ocasión para contestar los hechos y la valoración jurídica que de ellos ha hecho la Dirección de Investigación.

En un primer momento, los resultados preliminares de la instrucción se plasmarán en un Pliego de Concreción de Hechos frente al cual las empresas interesadas podrán, en el plazo de 15 días, formular alegaciones y, en su caso, proponer la práctica de pruebas que estimen necesarias³⁵.

Una vez analizadas las alegaciones, practicadas las pruebas y concluidos los trámites de instrucción, si la Dirección de Investigación aprecia la concurrencia de hechos que indiquen que efectivamente dicha infracción se ha producido, pondrá fin a la fase de instrucción y redactará una propuesta de Resolución para el Consejo de la CNC, de la cual se trasladará copia a los interesados ofreciendo la posibilidad de que formulen sus alegaciones en un nuevo plazo de 15 días³⁶. Las partes interesadas incluirán en estas alegaciones sus propuestas acerca de la práctica de pruebas y actuaciones complementarias ante el Consejo, así como, en su caso, la solicitud de celebración de vista. Transcurrido el plazo para la formulación de estas alegaciones, la Dirección de Investigación elevará el expediente al Consejo acompañándolo de su informe, que contendrá la propuesta de resolución junto con las alegaciones recibidas acerca de ésta.

³⁴ Sentencia del TJCE de 25 de enero de 2007 en el asunto C-407/04 P, *Dalmine SpA c. Comisión*, Rec. p. I-829, § 60.

³⁵ Art. 50.3 LDC.

³⁶ Art. 50. 4 LDC y art. 34 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

Las alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos y a la Propuesta de Resolución ofrecen a las partes una oportunidad para ejercer sus derechos de defensa alegando cualquier argumento, de hecho o de derecho, que estimen pertinente. El ejercicio de este derecho, aun cuando venga a demorar las resoluciones de la Dirección de Investigación, no puede obviamente confundirse con la falta de cooperación con la autoridad. Cooperar no puede ser equivalente a declararse culpable, aunque a veces declararse culpable sea una forma de cooperación. En efecto, si lo que se pretende es obtener una mayor cooperación por parte de las empresas, o incluso un reconocimiento de la infracción, lo que permitiría evitar dilaciones y liberar recursos, podría pensarse en la adopción de un sistema de «*settlements*» siguiendo la estela de la Comisión Europea e incluso del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia³⁷.

Al objeto de que las partes puedan hacer valer de manera efectiva sus derechos, el principio de buena administración exige que se les conceda un plazo suficiente para contestar a todos los extremos de la acusación.

En los procedimientos comunitarios el plazo para responder al pliego de cargos no podrá ser inferior a cuatro semanas³⁸, excepto cuando se han solicitado medidas cautelares, en cuyo caso podrá reducirse a una semana. En la práctica, en función de la complejidad del asunto y del periodo del año, la Comisión Europea otorga un plazo de entre ocho y 16 semanas. El Consejero Auditor puede prorrogar el plazo límite cuando las partes razonadamente lo soliciten³⁹.

En España, como ya se ha dicho, el plazo para formular alegaciones es de meramente 15 días. No obstante, no debe olvidarse que en los procedimientos ante la CNC, al contrario de lo que ocurre en los procedimientos comunitarios, existe una doble oportunidad para formular alegaciones y, sobre todo, que las partes no se ven obligadas a analizar todo el expediente administrativo en ese plazo, puesto que han tenido acceso al mismo desde el momento de la incoación del expediente.

En cualquier caso, la rigidez del modelo español, en el que los plazos están preestablecidos por la LDC, contrasta con el comunitario, más fle-

³⁷ Reglamento (CE) núm. 622/2008 de la Comisión, de 30 de junio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel. DO L núm. 171, de 1 de julio de 2008, p. 3; Resolución del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, Expediente R 02/2008 *HIRU*. El art. 52 LDC se limita a regular la figura de la «terminación convencional», que si bien es de naturaleza completamente distinta a los procedimientos de «*settlement*» o transacción, podría quizá ser una puerta de entrada adecuada para su incorporación en la LDC.

³⁸ Art. 17.2 del Reglamento 773/2004.

³⁹ Art. 10 de la Decisión de la Comisión de 23 de mayo de 2001 relativa al mandato de los consejeros auditores en determinados procedimientos de competencia, DO L 161/21 de 19 de junio de 2001.

xible y que se adaptará a las circunstancias del caso concreto. Así pues, mientras que en algunos casos el plazo de 15 días puede resultar suficiente, en muchos otros ello no será así, razón por la cual la CNC debería mostrarse flexible en la concesión de una extensión del plazo previa solicitud de las partes interesadas⁴⁰.

Por otro lado, mientras que en virtud del art. 38.2 de la Ley 16/1989 el Informe propuesta del SDC debía tener en cuenta las alegaciones formuladas «en cualquier momento del procedimiento», actualmente el art. 35 del Reglamento de Defensa de la Competencia dispone que no se tendrán en cuenta las alegaciones extemporáneas a un pliego de concreción de hechos.

La concesión de ampliaciones de plazo ha venido siendo una práctica habitual en los procedimientos de aplicación de la LDC. El TDC tuvo ocasión de recalcar en sus Resoluciones el carácter garantista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con respecto a la indefensión y la necesaria concesión de los plazos solicitados por las partes interesadas⁴¹. Sin embargo, asuntos recientes parecen apuntar a una tendencia en la que la Dirección de Investigación estaría prolongando su instrucción hasta acercarse al plazo máximo de doce meses, para posteriormente denegar solicitudes de extensión de plazo so pretexto de evitar que se cumpla el plazo de caducidad de la instrucción.

La flexibilidad y la tolerancia de la CNC debería ser la norma, sobre todo teniendo en cuenta que, pese a ser la denegación de una ampliación de plazo es susceptible de causar indefensión, el art. 49.3 de la Ley 30/1992 dispone explícitamente que «[l]os acuerdos sobre ampliación de plazos o sobre su denegación no serán susceptibles de recursos».

Finalmente, la contestación de los hechos y el Derecho alegado por la Autoridad puede hacerse de palabra, mediante la celebración de vistas. En los procedimientos nacionales, el Consejo de la CNC puede acordar la celebración de una vista⁴².

⁴⁰ De conformidad con el apartado primero del art. 49 de la Ley 30/1992 según la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero: «La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los interesados».

⁴¹ Resolución del TDC de 11 de diciembre de 1998, *Alimentos Infantiles*, Expte. 409/97, en la que se establece que: «Todo ello, además, sin tener en cuenta la posibilidad de solicitar ampliaciones de plazos por la mitad del tiempo inicialmente previsto en la norma, según la previsión contenida en el art. 49 de la Ley 30/1992, aunque su concesión tenga carácter potestativo. *Bueno es recordar a este respecto*, aunque no proceda su análisis aquí y ahora, *el carácter garantista de la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la indefensión y la concesión en consecuencia de la ampliación de plazo solicitado por alguna de las partes*» (cursiva añadida). En el mismo sentido, *vid.* Resolución del TDC de 18 de diciembre de 1998, *Autoescuelas Collado-Villalba*, Expte. 421/97.

⁴² Art. 51.3 LDC y arts. 19 y 37.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

La oportunidad de presentar alegaciones y de confrontar argumentos con la autoridad oralmente constituye una importante garantía que se ha revelado enormemente efectiva, y cuya trascendencia no puede ser obviada, por lo que no puede sino lamentarse su carácter excepcional en los procedimientos nacionales. Consideramos que éste es otro punto en el que sería recomendable asumir la práctica comunitaria. En Derecho comunitario, el art. 12 del Reglamento 773/2004 dispone que la Comisión Europea deberá garantizar a aquellas partes a quienes dirija su pliego de cargos, así como a otros que acrediten un interés suficiente⁴³, la oportunidad de formular sus alegaciones en una audiencia, en caso de que así lo soliciten en su escrito de alegaciones.

a.5) *Los requisitos de prueba: el derecho a no ser condenado sin pruebas suficientes*

El más esencial principio rector del ámbito sancionador es, sin duda, el principio de presunción de inocencia que emana directamente, como derecho fundamental, del art. 24.2 de la Constitución Española y del art. 6 CEDH. En el ordenamiento administrativo sancionador español, el derecho de presunción a la presunción de inocencia del administrado se recoge en el art. 137.1 de la Ley 30/1992, en relación con el procedimiento sancionador, y entronca con la obligación genérica para la Administración de motivar sus resoluciones, recogida en el art. 89.1 de dicho cuerpo legal. De conformidad con este principio recae sobre el órgano acusador la carga de refutar la presunción de inocencia del acusado mediante elementos probatorios suficientes.

A este respecto, parece necesario apuntar que en los procedimientos de aplicación de las normas de competencia, ya sean comunitarios o nacionales, se ha establecido una suerte de reparto de la carga de la prueba entre administración y administrado⁴⁴. En efecto, una vez la autoridad de competencia imputa una infracción de los arts. 1LDC/81 TCE es a la persona imputada a quien corresponde probar que el acuerdo cuestionado se beneficia de la exención legal directamente aplicable establecida en el apartado tercero de ambas disposiciones.

⁴³ Cuando una solicitud para ser oído en audiencia haya sido realizada por el interesado en su escrito de alegaciones a los cargos imputados por la Comisión Europea, el Consejero Auditor, tras consultarlo con el Director responsable, decidirá si el interesado tiene interés suficiente para la celebración de la audiencia. *Vid.* el art. 7.3 de la Decisión de la Comisión de 23 de mayo de 2001 relativa al mandato de los consejeros auditores en determinados procedimientos de competencia. DO 161/21 de 19 de junio de 2001.

⁴⁴ El art. 50.2 LDC dispone que «[l]a empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de lo dispuesto en el apartado 3 del art. 1 de esta Ley deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado». Dicho régimen no es sino el reflejo exacto de la regla comunitaria contenida en el art. 2 del Reglamento 1/2003, cuyo tenor literal es idéntico.

Se trata obviamente de una fórmula de difícil encaje con las garantías constitucionalmente reconocidas del procedimiento administrativo sancionador. Principalmente por cuanto que el principio de presunción de inocencia que asiste a todo aquel sometido a un procedimiento sancionador se desprende que el deber de motivación que incumbe a la administración ha de abarcar todos aquellos elementos susceptibles de incidir en la modulación de la sanción, incluyendo aquellos que, de hecho, la excluyen.

Esta lógica, que responde al sistema de autoevaluación instaurado por el Reglamento 1/2003, pone de manifiesto una vez más la incertidumbre inherente a los procedimientos sancionadores por infracción de las normas de competencia y su carácter excepcional con relación a otros procedimientos sancionadores, lo que, de nuevo, debería jugar a favor de unas mayores garantías procesales.

b) *Prescripción de las infracciones y de las sanciones.*

De conformidad con el art. 132.1 de la Ley 30/1992, los plazos de prescripción de las infracciones vienen determinados por las leyes que las establecen.

El art. 68 LDC prevé distintos plazos de prescripción en función de la gravedad de la sanción, estableciendo que las infracciones y sanciones leves prescribirán en el plazo de un año, las graves a los dos años y las muy graves en el plazo de cuatro años.

En Derecho comunitario, por su parte, el art. 25.1 del Reglamento 1/2003 ha establecido un plazo de prescripción de tres años para las infracciones relativas a solicitudes de información o a la ejecución de las inspecciones, y de cinco años para las infracciones muy graves, es decir, un año más que el periodo de prescripción fijado por la LDC.

Por lo que se refiere a infracciones sustantivas, esta diferencia puede resultar problemática. Imaginémos un supuesto en que una infracción del art. 81 TCE sea investigada y sancionada por una autoridad nacional. En este caso, ¿resultaría aplicable el plazo de prescripción del Reglamento 1/2003 de cinco años, o bien algunos de los dos establecidos en la LDC, que son de dos o de cuatro años? La respuesta a esta cuestión varía en función de si interpretamos que la prescripción es una cuestión sustantiva o procesal, un debate que por el momento nos limitamos a dejar apuntado.

c) *Caducidad del procedimiento*

c.1) *La caducidad del procedimiento en España*

En virtud del art. 36 LDC la instrucción y resolución del expediente sancionador se realizará en un plazo máximo de dieciocho meses. Por vía reglamentaria se ha determinado la distribución de este plazo entre ambas fases: doce meses para la instrucción y seis meses más para la resolución⁴⁵. El transcurso de este plazo de 18 meses desde la fecha de incoación sin que se haya resuelto el expediente acarreará su caducidad conforme a lo establecido en el art. 38.1 LDC, siempre que no concorra ninguno de los supuestos previstos en la LDC para la ampliación y suspensión del cómputo de plazos⁴⁶.

En Derecho comunitario no existe una limitación temporal similar para la tramitación del procedimiento, una garantía que habría sido deseable incorporar al Reglamento 1/2003.

En nuestra opinión, la eficacia de esta garantía en España se ve menoscaba en los supuestos en que, si bien formalmente no se llega a agotar aún el plazo de caducidad de 12 meses para la instrucción del procedimiento, en la práctica, la desnaturalización de las diligencias previas determina que aquélla pueda prolongarse durante prácticamente el doble de ese tiempo. Como hemos expuesto previamente, viene convirtiéndose en práctica habitual que la instrucción del procedimiento se desarrolle parcialmente en el marco formal del trámite de información reservada, con lo que la Dirección de Investigación consigue descargarse de la obligación de respetar el plazo máximo establecido en la Ley⁴⁷.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha reiterado que para que la duración de la fase preliminar a la incoación del expediente no sea acumulable a los plazos máximos aplicables al procedimiento sancionador es necesario que «aquellas diligencias previas o preparatorias sirvan al fin que realmente las justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una alternativa subrepticia a este último»⁴⁸.

⁴⁵ Art. 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

⁴⁶ Art. 38.1 LDC en relación con el art. 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia. A diferencia de lo que ocurría en vigencia de la Ley 16/1989 (vid. art. 56) hoy en día la caducidad no se producirá cuando la instrucción exceda el plazo de 12 meses, sino exclusivamente cuando, en total, instrucción y resolución se prolonguen durante más de 18 meses.

⁴⁷ Vid. también R. GARCÍA MONTEYS (2007), «Procedimientos en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 48 extraordinario octubre-diciembre, *La Ley 15/20007 de Defensa de la Competencia Reflexiones sobre las principales novedades*, p. 174.

⁴⁸ STS de 26 de diciembre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Siendo cierto que debido a la propia naturaleza de la información reservada no es posible determinar con exactitud a partir de qué momento la Dirección de Investigación comienza la verdadera instrucción de un expediente, no es menos cierto que el objeto de la información reservada se limita a permitir que la Dirección de Investigación determine la idoneidad de incoar un procedimiento. Así pues, el plazo de caducidad del expediente debería computarse desde el momento en que la información reservada se desnaturaliza para llevar a cabo actos de instrucción propiamente dichos. El problema de este criterio es de índole práctica, en la medida en que la determinación exacta del momento en que esto ocurre no resulta factible. Con todo, a nuestro juicio, este problema podría resolverse estableciendo una duración máxima para el trámite de información reservada.

c.2) *La duración de los procedimientos en los ámbitos comunitarios (como motivo, a lo sumo, de atenuación de multas)*

Los Tribunales comunitarios han reconocido que la observancia por parte de la Comisión de un plazo razonable al adoptar las decisiones que ponen fin a procedimientos administrativos en materia de competencia constituye un principio general del Derecho comunitario⁴⁹ que puede incluso dar lugar a la anulación de una decisión cuando se demuestre que se han comprometido los derechos de defensa. Sin embargo, en la práctica, la jurisprudencia ha sido enormemente tolerante con el proceder de la Comisión Europea⁵⁰. De hecho, ha sido la propia Comisión quien ha extraído las consecuencias de la prolongación excesiva del procedimiento. En la Decisión FETTCSA, por ejemplo, la Comisión tuvo la deferencia de reducir el importe de las multas en 100.000 euros por interpretar que se había sobrepasado un plazo razonable para la tramitación del procedimiento (la respuesta al pliego de cargos tuvo lugar el 16 de septiembre de 1994 y la Decisión final fue adoptada el 16 de mayo de 2000)⁵¹.

⁴⁹ Sentencia del TPI de 22 de octubre de 1997 en los asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96, Rec. p. II-1739, *SCK y FNK c. Comisión*, § 56, y de 9 de septiembre de 1999 en el asunto T-127/98, *UPS Europe c. Comisión*, Rec. p. II-2633, § 37.

⁵⁰ El carácter razonable de la duración de un procedimiento se aprecia caso por caso en función de las circunstancias y el contexto específico de cada asunto, prestándose atención a las diferentes fases del procedimiento seguido por la Comisión, al comportamiento de los interesados durante el procedimiento, así como a la complejidad del asunto y a su trascendencia para las diferentes partes interesadas. Sentencia del TPI de 22 de octubre de 1997 en los asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96, Rec. p. II-1739, *SCK y FNK c. Comisión*, § 57.

⁵¹ Decisión de la Comisión de 16 de mayo de 2000 relativa a un procedimiento con arreglo al art. 81 CE, asunto IV/34.018, *Far East Trade Charges and Surcharges Agreement (FETTCSA)*, notificada con el número C (2000) 1170, DO L 268/1 de 20 de octubre de 2000, confirmada por Sentencia del TPI de 19 de marzo de 2003 en el asunto T-213/00, *CMA CGM y otros c. Comisión*, Rec. p. II-913.

En vista de los precedentes comunitarios, resulta muy obvio que el procedimiento administrativo español es muy superior al comunitario en este aspecto.

3. LAS GARANTÍAS ESPECÍFICAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE COMPETENCIA

A) **Introducción: La «comunitarización» de los procedimientos de competencia en España como expresión general de la «comunitarización» del Derecho administrativo español**

El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA ha hecho referencia en numerosas ocasiones a un proceso de incidencia de las técnicas iuscomunitarias sobre los Tribunales de los Estados miembros, cada vez más visible, y que está conduciendo a una verdadera convergencia entre los ámbitos y extensión del control de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual podría desembocar en la creación de un verdadero *ius commune europaeum*⁵².

Esta comunitarización de algunos de los aspectos procesales de los procedimientos de competencia puede ilustrarse por referencia a la protección de las comunicaciones abogado-cliente («*legal privilege*»), así como en materia de medidas cautelares.

En los procedimientos comunitarios de aplicación de las normas de competencia la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente se impone como límite a la actividad inspectora de las autoridades siempre que se trate de una correspondencia mantenida en el marco y en interés del derecho de defensa del cliente y emane de abogados independientes. Esta garantía, reconocida por vez primera en la Sentencia del TJCE *AM&S*⁵³ fue asumida sin sombra de duda por el TDC en su Resolución *Pepsi-Cola/Coca-Cola*⁵⁴.

En lo que respecta a las medidas cautelares, su concesión en Derecho español históricamente dependía en exclusiva del criterio de urgencia. Los Tribunales consideraban que sólo deberían dictarse medidas cautelares cuando ello fuera necesario para preservar el buen fin del procedimiento. Con el tiempo, el criterio de la urgencia se relajó modera-

⁵² E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1999), «Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 1, pp. 13-14.

⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982, en asunto 155/79, *AM & S Limited c. Comisión*, Rec. 1982, p. 417. En el mismo sentido, *vid.* la más reciente Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007, *Akzo Nobel Chemicals Ltd*, asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03, Rec. 2003, p. II-4771, § 117.

⁵⁴ Resolución del TDC de 22 de julio de 2002, *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, Expte. r 508/02.

damente, al tiempo que nuestros jueces aceptaban entrar a valorar el *fumus boni iuris* o apariencia de buen Derecho, criterio cada vez más aceptado en España por influjo del Derecho comunitario, que a su vez lo había tomado de las tradiciones comunes a los Estados miembros.

Este proceso de «comunitarización positiva» en beneficio de los administrados (las empresas) debería producirse también en otros ámbitos en los que el procedimiento comunitario supere en garantías al procedimiento nacional.

B) El derecho a la confidencialidad de los secretos comerciales y el secreto profesional de los funcionarios

En virtud del art. 42 LDC, la CNC puede ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se preserve la confidencialidad de determinados documentos mediante la constitución de pieza separada. La garantía de la confidencialidad tiene por objeto mantener información fuera del alcance de terceros con el fin de proteger los intereses tanto de la empresa parte del procedimiento frente a sus competidores⁵⁵, como de otros terceros acerca de los cuales pueda existir información en el expediente⁵⁶. En cualquier caso, toda decisión relativa a la confidencialidad deberá tener presente el derecho de acceso al expediente en igualdad de condiciones.

El TDC ha declarado en el pasado que «la garantía de la confidencialidad de las informaciones, datos y documentos aportados con tal carácter a los expedientes tramitados ante los órganos de competencia constituye el contrapeso indispensable a las normas que exigen a las empresas colaborar con ellos y suministrar las informaciones que éstos les requieran, además de una garantía imprescindible para evitar que terceras personas, a través del acceso al expediente, puedan obtener informaciones de carácter estrictamente reservado y confidencial»⁵⁷.

Los Tribunales comunitarios han indicado también que la calificación de una determinada información como «confidencial» o como «secreto comercial» depende únicamente de si su revelación es susceptible de causar un «perjuicio grave» para las empresas involucradas⁵⁸. De hecho, la información confidencial no necesariamente se ciñe a los

⁵⁵ Resolución del TDC de 10 de julio de 1997, *Freixenet/Castellblanch*, Expte. 205/97.

⁵⁶ Resolución del TDC de 9 de julio de 1997, *Fútbol Televisado I*, Expte. 209/97.

⁵⁷ Resolución del TDC de 29 de julio de 1997, *Radio Fórmula*, Expte. 185/96.

⁵⁸ *Vid.* Sentencia del TPI, de 18 de septiembre de 1996, en el asunto T-353/94, *Postbank NV c. Comisión*, Rec. p. II-926.

secretos comerciales⁵⁹. Especial mención merecen los documentos recibidos por medio del procedimiento de exención o reducción de multas, cuya protección se hace necesaria para preservar los incentivos de las empresas para proporcionar información a la Autoridad con cierta garantía de que no se utilizarán en otros procedimientos, por ejemplo, en reclamaciones de daños y perjuicios contra ellos. Para responder a este problema la Disposición Adicional segunda de la LDC ha introducido un art. 15 bis en la Ley de Enjuiciamiento Civil en virtud del cual la obligación de las autoridades de competencia de aportar información a los órganos jurisdiccionales «no alcanzará a los datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o reducción de las multas».

Por otra parte, los documentos confidenciales carecerán de valor probatorio alguno para apoyar una imputación de la CNC y, lo que puede ser más cuestionable, tampoco gozarán de valor exculpatorio⁶⁰.

Finalmente, cabe destacar que la obligación de secreto profesional establecida en el art. 43 LDC no incumbe únicamente a quienes «por razón de profesión o cargo» hayan tenido acceso a determinada información en el marco del expediente, tal y como disponía el art. 52 de la Ley 16/1989 y como sigue haciéndolo el art. 28 del Reglamento 1/2003, sino que se extiende ahora también a las partes en el procedimiento, lo cual hará —o debería hacer— más difícil que los documentos del expediente se filtren a la prensa, como ha sucedido a veces en el pasado.

4. LAS GARANTÍAS PARA LOS DENUNCIANTES Y LOS TERCEROS

A tenor de la nueva LDC, la Dirección de Investigación no está facultada, como sí lo estaba el SDC, para acordar el archivo de denuncias. De acuerdo con la Ley 15/2007, será el Consejo de la CNC quien decida si una denuncia debe o no ser archivada. El denunciante únicamente conocerá la resolución final del Consejo, que ya no podrá ser objeto de recurso interno, sino que, en su caso, deberá ser recurrida en vía contencioso-administrativa. Ello contrasta con la regulación contemplada en la normativa comunitaria, en la que está previsto que la desestimación de denuncias se

⁵⁹ Según la Resolución del TDC de 10 de julio de 1997, *Freixenet/ Castellblanch*, Expte. 205/97, «hay que otorgar el beneficio de la confidencialidad a aquellos datos que constituyan secretos comerciales [...] asimismo hay que valorar cuidadosamente el tratamiento que deba darse a los datos y documentos que no constituyen propiamente secretos comerciales, pero cuyo conocimiento público puede también ocasionar importantes perjuicios a las empresas afectadas».

⁶⁰ Resolución del TDC de 28 de octubre de 1997, *Azucareras*, Expte. 240/97 y Resolución del TDC de 29 de julio de 1997, *Radio Fórmula*, Expte. 185/96.

comunique al denunciante a fin de que éste pueda formular observaciones⁶¹, e incluso se le garantiza un derecho de acceso a los documentos sobre los que la Comisión haya basado su apreciación provisional⁶².

Los derechos del denunciante en España son mayores en el supuesto de que la Dirección de Investigación considere, una vez incoado el procedimiento, que no existen razones para continuar su tramitación. La Ley 15/2007 y el art. 33 del Reglamento han colmado una laguna que existía en vigencia de la Ley 16/1989, al prever que cuando tras la instrucción no se haya acreditado la existencia de prácticas prohibidas la Dirección de Investigación lo notificará a los interesados para que puedan formular sus alegaciones y, en su caso, proponer prueba.

En los procedimientos comunitarios, el Reglamento 1/2003 afirma que los denunciantes «participarán estrechamente en el procedimiento»⁶³. Para facilitar el ejercicio de sus derechos se ha previsto que la Comisión remita al denunciante una versión no confidencial del pliego de cargos al mismo tiempo que a las empresas destinatarias al objeto de que puedan formular sus observaciones. El traslado del pliego de concreción de hechos y la propuesta de resolución a «los interesados» es una garantía que también se recoge en el art. 50 LDC.

Frente a esto, el procedimiento nacional es más generoso que el comunitario en lo que respecta a los derechos de acceso al expediente de los denunciantes. Mientras que el TDC ha optado por una interpretación amplia de este derecho⁶⁴, el TPI ha establecido que los denunciantes no pueden reivindicar igual acceso al expediente que las partes objeto de la investigación⁶⁵.

Además del denunciante, las terceras partes que acrediten un interés legítimo y así lo soliciten deberán ser oídas por la Comisión Europea⁶⁶. En

⁶¹ Art. 7 del Reglamento 773/2004.

⁶² Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, los arts. 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE y el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo. DO C 325/7 de 22 de diciembre de 2005, apdo. 31.

⁶³ Art. 27.1 del Reglamento 1/2003.

⁶⁴ Resolución del TDC de 29 de julio de 1997, *Radio Fórmula*, Expte. 185/96, «es necesario tener en cuenta que en los expedientes en materia de competencia, a la vez que se persigue la defensa de un interés público, se dirimen conflictos de intereses privados y, por lo tanto, los derechos de defensa no solamente pertenecen al denunciado, sino también al denunciante, que tiene interés en que se prohíba una conducta contraria a la competencia, por lo que la limitación de su acceso al expediente, debida a la declaración de confidencialidad de determinados documentos, debe ser la menor posible y siempre de forma justificada».

⁶⁵ Sentencia del TPI de 15 de julio de 1994 en el asunto T-17/93, *Matra Hachette SA c. Comisión*, Rec. .p. II-595, § 34.

⁶⁶ Art. 27.3 del Reglamento 1/2003: «Si personas físicas o jurídicas que justifiquen tener un interés suficiente pidieran ser oídas, se atenderá su solicitud». *Vid.* asimismo art. 6 de la Decisión

España, los terceros distintos del denunciante que acrediten un interés legítimo podrán también formular alegaciones en el curso del procedimiento. El hecho de que en los procedimientos nacionales la incoación del procedimiento se haga pública en la web de la CNC —algo que a nivel comunitario sólo ocurre con el envío del pliego de cargos, y no siempre— es de suponer que fomentará la personación de interesados en el procedimiento⁶⁷.

5. LAS GARANTÍAS EN MATERIA DE SANCIONES

A) Previsibilidad: *Nulla poena sine lege*

De conformidad con el art. 25 CE, la tipificación de las infracciones y la determinación de la sanción que puede imponerse han de preceder a la conducta sancionable, una exigencia transponible al ámbito administrativo que «supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción»⁶⁸.

En el ámbito comunitario los tribunales también han reconocido la eficacia del principio de legalidad de los delitos y penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)⁶⁹, si bien han establecido que su alcance no debe ser el mismo en Derecho de la Competencia que en el marco de los procedimientos estrictamente penales⁷⁰. Aunque este principio no se opone a la clarificación gradual de las reglas de responsabilidad penal, sí puede oponerse a una interpretación «cuyo resultado no era razonablemente previsible en el momento en que se cometió la infracción»⁷¹.

En nuestra opinión, algunos aspectos de la política de multas comunitaria plasmados en las nuevas directrices de 2006⁷² no eran

de la Comisión de 23 de mayo de 2001 relativa al mandato de los consejeros auditores en determinados procedimientos de competencia. DO L 161/21 de 19 de junio de 2001.

⁶⁷ Vid. art. 28.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

⁶⁸ STC de 29 de marzo de 1990, Sala Primera, 61/1990; STC de 2 de junio de 2003, Sala Segunda, 100/2003; y STC de 18 de julio de 2005, Sala Segunda, 210/2005.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros c. Comisión*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, §§ 215 a 223

⁷⁰ Vid., entre otras, Sentencia del TPI de 8 de julio de 2008, en el asunto T-99/04, *AC-Treuhand AG c. Comisión*, aún no publicada, § 113.

⁷¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros c. Comisión*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, §§ 217 a 218.

⁷² Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003 (2006/C 210/02).

razonablemente previsibles en el momento de cometerse las sanciones a las que están siendo aplicadas, lo que determinaría su incompatibilidad con los principios de legalidad y no retroactividad⁷³. Afortunadamente, la evolución en Derecho de la Competencia español ha sido la inversa.

La parquedad y la deficiente redacción del art. 10 de la Ley 16/1989 dieron lugar a un debate acerca de la constitucionalidad del precepto⁷⁴. Estas deficiencias, implícitamente reconocidas por el Libro Blanco para la reforma de la Ley⁷⁵, se han visto mitigadas por la redacción dada a los arts. 62 a 64 de la Ley 16/2007, los cuales, retornando a los principios del Derecho administrativo sancionador, distinguen ahora entre infracciones leves, graves y muy graves, una graduación que tiene su reflejo en la determinación del nivel de las sanciones.

El art. 64.1 LDC establece, por su parte, una serie de criterios que habrán de tomarse en consideración para la fijación concreta del importe de la multa, tales como la dimensión del mercado, la duración de la conducta, sus efectos o los posibles beneficios obtenidos a resultas de la misma, y unos límites cuantitativos máximos para el cálculo de la sanción en función de la gravedad de la infracción. Subsidiariamente, la LDC prevé la imposición de multas a tanto alzado cuyo importe también varía de acuerdo con la gravedad de la infracción.

Los preceptos de la LDC están a todas luces más desarrollados que sus homólogos del Reglamento 1/2003 (que se limitan a establecer que «a fin de determinar el importe de la multa, procederá tener en cuenta, además de la gravedad de la infracción, su duración»), pero menos que las Directrices comunitarias para el cálculo de multas, que, según ha reconocido el TJCE, tienen la consideración de «Ley» en el sentido del art. 7.1 CEDH⁷⁶.

⁷³ Vid. L. ORTIZ BLANCO, A. GIVAJA SANZ y A. LAMADRID DE PABLO (2008), «Fine Arts in Brussels: Punishment and Settlement of Cases under EC Competition Law», *VIII Conference «Anti-trust between EC Law and National Law»*, Treviso, 22-23 mayo.

⁷⁴ S. MEDRANO y P. TRAMOYERES (2004), «¿Son inconstitucionales las normas sancionadoras de la Ley de Defensa de la Competencia? (reconsideración a la luz de la doctrina de la Sentencia 100/2003, del Tribunal Constitucional)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, mayo-junio, pp. 97-111.

⁷⁵ En el Libro Blanco para la reforma de la Ley se reconocía tácitamente este problema, al asegurarse que «la graduación de las infracciones en muy graves, graves y leves permitiría una adecuada correlación entre éstas y las sanciones impuestas, lo que reforzaría la transparencia y objetividad de las decisiones del TDC». Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, de 20 de enero de 2005, Ministerio Economía y Hacienda. Texto disponible en <http://www.cncompetencia.es/PDFs/memorias/64.pdf>

⁷⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005 en los asuntos C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, *Dansk Rørindustri y otros c. Comisión*, Rec. p. I-5425, § 223.

En consecuencia, a la luz de los principios de legalidad y seguridad jurídica, sería deseable que la CNC plasmase sus criterios para el cálculo de multas en unas futuras directrices.

B) Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, recogido en el art. 10.2 de la Constitución, ha sido calificado por el Tribunal Supremo como uno de «los principios constitucionales de garantía penal, comunes a todo ordenamiento sancionador»⁷⁷. De forma parecida, el TJCE ha señalado en su jurisprudencia que las sanciones derivadas de la infracción del Derecho de la Competencia están en todo caso sujetas al respeto fundamental al principio de proporcionalidad⁷⁸.

Hasta el año 2006, el sistema sancionador comunitario fue acusado en ocasiones de ser contrario al principio de proporcionalidad debido a que las Directrices para el cálculo de multas de 1998 establecían el importe de partida del cálculo de la sanción sobre la base de importes fijos y absolutos. Tal metodología comportaba contradicciones potenciales con los principios de proporcionalidad e igualdad de trato. En efecto, tal método, si no era aplicado con suma equidad, podía eximir a la Comisión de su deber de respetar el principio de proporcionalidad a la hora de modular el importe de la multa en función del tamaño de la empresa y del mercado afectado.

Esta situación llegó incluso a provocar el efecto no deseado de que, sistemáticamente, la Comisión multara a las empresas pequeñas de manera mucho más severa que a las grandes⁷⁹. En este sentido, el Abogado General Tizzano señaló en sus Conclusiones de 8 de julio de 2004 en el asunto *Dansk Rørindustri c. Comisión*⁸⁰ que determinadas empresas veían cómo el importe de partida establecido por la Comisión a la hora de fijar la multa se situaba muy por encima del límite absoluto del 10 por 100, mientras que el importe de base de otras empresas afectadas por la Decisión se situaba por debajo de dicho límite.

⁷⁷ STS de 10 de junio de 1981, Sala de lo Contencioso-Administrativo; STS de 7 de abril 1982, Sala de lo Social; y STS de 29 enero 1983, Sala de lo Social.

⁷⁸ Vid. las SSTJCE de 7 de junio de 1983 en los asuntos acumulados C-100-103/80, *Musique Diffusion française y otros c. Comisión*, Rec. 1983, p. 1825 § 120 y de 17 de julio de 1997 en el asunto C-219/95 P, *Ferriere Nord c. Comisión*, Rec. 1995, p. I-4411, § 33.

⁷⁹ Vid. asuntos *Tubos de acero sin soldadura* 1999 [DO 2003, L 140/1], *Potenciadores de sabor para alimentos (nucleóticos)* 2002 [IP/02/1907 de 17/12/02] y *Fosfato de Zinc* 2001 [DO 2003, L153/1].

⁸⁰ Conclusiones del Abogado General Tizzano de 8 de julio de 2004 en los asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02, *Dansk Rørindustri y otros c. Comisión* P, Rec. p. I-5425.

Quizás por ello uno de los elementos fundamentales de la reforma de la metodología de cálculo de multas que la Comisión Europea llevó a cabo en 2006 consistió en la sustitución de los importes de partida a tanto alzado por un sistema que tuviera en cuenta el tamaño de la empresa y el mercado en el que se concreta la infracción⁸¹. Con la nueva metodología, los antiguos problemas relacionados con el respeto al principio de proporcionalidad parecen ahora solventados. A cambio, han surgido nuevos problemas en materia de proporcionalidad, que no ha lugar tratar aquí⁸².

En cuanto al sistema español, queda por ver cómo será aplicado en la práctica por la CNC. Tal y como hemos señalado, la letra de la actual LDC va más lejos que el Reglamento 1/2003 y parece recoger la jurisprudencia y práctica comunitarias aun sin llegar al nivel de precisión de las Directrices comunitarias.

Todavía es pronto para hacer un juicio de valor sobre el nivel de respeto del nuevo sistema español al principio de proporcionalidad, pero cabe esperar que el margen de discrecionalidad que el legislador ha concedido a nuestra Autoridad de defensa de la competencia para la fijación del importe de las multas sea utilizado de forma coherente y no discriminatoria, adaptada a los objetivos perseguidos en la represión de las infracciones de las normas de competencia.

C) Límites cuantitativos

El art. 63 LDC establece distintos límites cuantitativos para las sanciones por vulneración de las normas de competencia en función de su gravedad. A tenor de esta disposición, las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta el 1 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior, un porcentaje que se eleva al 5 por 100 en el caso de infracciones graves y al 10 por 100 tratándose de infracciones muy graves⁸³.

En Derecho comunitario el art. 23.4 *in fine* del Reglamento 1/2003 establece asimismo que la responsabilidad financiera de las empresas no

⁸¹ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003 (2006/C 210/02). Sección B.

⁸² *Vid.* L. ORTIZ BLANCO, A. GIVAJA SANZ y A. LAMADRID DE PABLO (2008), «Fine Arts in Brussels: Punishment and Settlement of Cases under EC Competition Law», *VIII Conference «Anti-trust between EC Law and National Law»*, Treviso, 22-23 mayo.

⁸³ En aquellos casos en los no sea posible determinar el volumen de negocios el apartado 3 del art. 63 establece que «Las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros, las graves con multa de 500.001 a 10 millones de euros, y las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros».

podrá ser superior al 10 por 100 del volumen de negocios realizado en el ejercicio social anterior.

En la práctica, la CNC se ha mostrado mucho más comedida a la hora de fijar el importe de las sanciones que la Comisión Europea. El efecto de disuasión que se persigue con el elevado nivel de las multas impuestas por la Autoridad comunitaria quizá pueda lograrse en España mediante la imposición de sanciones a representantes legales y directivos de la empresa, una posibilidad no contemplada en Derecho comunitario y cuyos efectos en España aún no pueden ser valorados debido al escaso importe de las sanciones impuestas hasta el momento⁸⁴.

D) Ejecutividad: la suspensión de la ejecución hasta el primer pronunciamiento judicial sobre la suspensión cautelar

De acuerdo con el art. 42.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia, las actuaciones encaminadas a asegurar el cumplimiento de una Resolución, y concretamente la imposición de multas coercitivas en aplicación del art. 67 LDC, sólo podrán tener lugar una vez que ésta devenga ejecutiva. Con esta redacción el Reglamento suple una laguna de la LDC, que no contemplaba a partir de qué momento cabe la imposición de multas coercitivas, y lo hace asumiendo una doctrina de la Audiencia Nacional según la cual será «necesario que el acto cuyo cumplimiento se compele mediante la imposición de multas coercitivas sea ejecutivo al tiempo de imponerse la multa». En consecuencia, no cabrá la imposición de multas coercitivas antes de que la Audiencia Nacional haya resuelto sobre la solicitud de suspensión cautelar del acto⁸⁵.

6. CONCLUSIONES

Los procedimientos sancionadores por infracción de las normas de competencia, por razón de su naturaleza específica y cuasi-criminal, deberían estar sujetos a un estándar de protección de los derechos de defensa particularmente elevado, más aún en vista de que la autoridad encargada de su tramitación desarrolla funciones tanto de instrucción como de resolución.

⁸⁴ Art. 63.2 LDC. Hasta el momento la mayor sanción impuesta a un individuo por infringir las normas de competencia ha sido de 6.000 euros. *Vid.* Resolución del TDC de 3 de abril de 2007, *Excursiones Puerto Sóller*, Expte. 611/06.

⁸⁵ Sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, *Telefónica Móviles*, recurso 1059/1997. Esta solución fue también acogida por el TDC. *Vid.*, entre otras, la Resolución del TDC de 28 de diciembre de 2006, *Faconauto 2*, Expte. r 698/06.

Como se ha expuesto, algunos de los riesgos más significativos para los derechos de defensa en el procedimiento sancionador nacional derivan de la ausencia de una norma que regule y limite de manera adecuada el trámite de información reservada, especialmente en lo relativo a los derechos de las empresas de conocer la acusación formulada en su contra, así como de la duración del trámite y de su posible desnaturalización.

La coexistencia de dos ordenamientos —comunitario y español— permite la posibilidad de comparar las garantías que ofrece cada uno de ellos con relación con distintos aspectos del procedimiento.

Así, a lo largo de este artículo hemos observado también la necesidad de alinear el modelo español con los estándares comunitarios en relación con cuestiones como la regulación del acceso al expediente, los derechos del demandante en supuestos de desestimación de las denuncias, la concesión de plazos suficientes para contestar los hechos y el Derecho alegado por la Autoridad, o la celebración de audiencias orales como regla general. Como se ha explicado, esta «comunitarización» de las garantías españolas no sería un fenómeno nuevo, puesto que ya se ha producido en el ámbito procesal respecto de la asunción del *fumus boni iuris* como criterio para la adopción de medidas cautelares o la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente.

Por otro lado, hemos advertido acerca de la necesidad de no confundir el ejercicio de los derechos de defensa con la obstrucción de las tareas de instrucción y de atenerse a los plazos de caducidad legalmente establecidos.

También hemos observado cómo el procedimiento sancionador en España ofrece garantías superiores; por ejemplo, en lo que respecta al momento en el que las empresas tienen derecho a acceder al expediente (incoación frente a envío del pliego de cargos) y del acceso al expediente de los demandantes, a la duración de los procedimientos, o en materia de proporcionalidad y ejecutividad de las sanciones.

Las diferencias comprobadas no deberían llevar a una armonización a la baja; todo lo contrario, deberían conducir al más pleno respeto de las garantías del administrado (las empresas) con la plena asunción por parte de la CNC de los estándares de la Comisión Europea allá donde éstos sean objetivamente superiores a los españoles, aunque no podamos convencer a la Comisión Europea de adoptar nuestros estándares, o los de cualquier otro Estado miembro, cuando sean mejores que los de ella.

La relajación o desdramatización de las garantías formales —pero tutivas de los derechos fundamentales— para mejor atajar los proble-

mas de fondo, cuya existencia es incuestionable, nos puede llevar a excesos. El Derecho de la Competencia no debería estar al margen de la tradición jurídica europea en materia de protección de los derechos fundamentales, ni el estándar de protección de éstos tiene por qué situarse por debajo del que se aplica en los órdenes administrativo y penal, más aún cuando las infracciones del ordenamiento concurrencial tienen naturaleza criminal en diversos Estados miembros. ¿Es realmente el Derecho de la Competencia una rama tan diferente?

A todos nos une el interés en fomentar la «cultura de la competencia» y el cumplimiento de este Derecho. Todos queremos que las cosas se hagan mejor, y se pueden hacer mejor: hagámoslo.